AUSZUG

AUS DER

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JUR. DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT
HALLE-WITTENBERG

ÜBER

DIE RECHTSBEHELFE INSBESONDERE DIE EINREDEN DES BÜRGEN NACH DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCHE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

VORGELEGT VON

WILHELM LOTZE
LANDRICHTER IN TORGAU.

REFERENT: PROF. DR. RAAPE.

1921.

§ 1.

Unter Einrede im materiellen Sinne ist nach herrschender Lehre zu verstehen „das Recht des Verpflichteten, die Erfüllung eines Anspruchs zu verweigern“ oder „das Recht, die gegen uns gerichtete Ausübung eines Rechtes durch unseren Widerspruch zu hindern“. Durch die aufschiebenden (dilatorischen, unverzögerlichen) wird die Geltendmachung des Anspruchs nur zeitweilig, durch die ausschliessenden (perentorischen, dauernden, zerstörlichen) dauernd ausgeschlossen. Dem Einredebegriff des B. G. B. steht gegenüber der Einredebegriff der Z. P. O., die unter Einrede jedes Vorbringen von Tatsachen, auf welche sich der Beklagte gegenüber dem Klagebegehren beruft, und welche er daher zu beweisen hat, versteht. Der Unterschied von Einredetatsachen des B. G. B. und von rechtsverneinenden Tatsachen zeigt sich im Prozess. Während die Einrede im privatrechtlichen Sinne nur dann beachtet wird, wenn sie von dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wird, werden die rechtsvernichtenden Tatsachen schon von amtswegen berücksichtigt.

§ 2.

Der Bürge kann zunächst aus dem Bürgschaftsvertrage, also aus eigenem Recht, eine Anzahl Rechtsbehelfe geltend machen. So können Einwendungen daraus hergeleitet werden, dass die Schriftlichkeit des Bürgschaftsversprechens nicht vorliegt, dass der Vertrag von einer geschäftsunfähigen Person abgeschlossen ist, oder dass er gegen die guten Sitten verstösst. Diese Umstände sind allerdings als rechtsverneinende Tatsachen auch von amtswegen zu berücksichtigen.

Weiter hat der Bürge die Möglichkeit, den Bürgschaftsvertrag anzufechten wegen Irrtums (§ 119 B. G. B.) über die Person des Hauptschuldners und in dem Falle, dass der Vertrag infolge Betruges durch den Hauptschuldner zustandegekommen ist. (§ 123 Abs. 2 B. G. B.)

Dem Bürgen steht auch die Einrede der Verjährung seiner in 30 Jahren verjährenden Bürgschaftsschuld und die Einrede der ihm selbst von dem Gläubiger bewilligten Stundung zu.

Zweifelhaft ist dagegen die Frage, ob der Bürge mit einer eigenen Forderung gegenüber der Bürgschaftsschuld aufrechnen kann. Sie wird vielfach, insbesondere von dem Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 53, S. 404 ff., bejaht, in der u. a. ausgeführt wird, dass der Bürge mit einer eigenen Forderung zwar nicht die Hauptschuld, wohl aber die Bürgschaftsschuld tilgen könne. Die Entscheidung wird gebilligt von Jaeger mit der Begründung, dass der Bürge, der eine in mancher Hinsicht schwächere Haftung als der Gesamtschuldner übernehme, hinsichtlich der Aufrechnung nicht ungünstiger als dieser gestellt sein dürfe. Das erwähnte Urteil ist zuerst bekämpft worden von Sievers, der auf Grund der §§ 268, 1142, 1224, 1249 B. G. B. zu der Ansicht kommt, dass der Bürge nicht befugt ist, gegen den Willen des Gläubigers eine eigene Forderung zur Aufrechnung zu bringen. Der gleichen Ansicht ist Westerkamp, der ausführt, erst mit dem Fälligwerden der Hauptobligation werde auch das Einstehenmüssen des Bürgen fällig. Ferner wendet sich Langheineken gegen das Urteil des Reichsgerichts; er geht von der Natur des verhaltenen Anspruchs aus. Das Wesen dieses Anspruchs ist, dass eine gegenwärtige Verpflichtung des Schuldners besteht, allerdings nicht zu sofortiger Leistung, sondern dazu, dass geleistet werde, sobald der Gläubiger das Verlangen nach Bewirkung der Leistung gestellt habe. Da der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen als akzessorischen Schuldner ebenso wie der Anspruch gegen einen echten Gesamtschuldner einen verhaltenen Anspruch darstellt, ist der Bürge ohne das Verlangen des Gläubigers nicht berechtigt, diesen durch Zahlung oder durch Aufrechnung zu befriedigen.

§ 3.

Aus den §§ 765, 767 B. G. B. ergibt sich die Akzessorietät der Bürgenschuld; d. h. für die Wirksamkeit sowie den Umfang und den Inhalt der Bürgschaftsschuld ist allein die Hauptschuld massgebend.

Zweifelhaft ist, ob für unvollkommene Verbindlichkeiten wirksame Bürgschaften übernommen werden können. Bürgschaften für Forderungen aus Spiel, Rechte, staatlich nicht genehmigten Lotterievertrag, aus Differenzgeschäft und auf Zahlung des Ehemäklerlohnes

dürften nichtig sein, da nach dem Gesetz in diesen Fällen Verbindlichkeiten nicht begründet werden. Dagegen ist, wie sich aus §§ 222, 223 B. G. B. ergeben dürfte, die Bürgschaft für eine bereits verjährte Forderung gültig. Eine Bürgschaft für eine grössere Leistung als die Hauptschuld ist jedoch ungültig, da insoweit das Haupterfordernis der Bürgschaft die Hauptschuld fehlt. Sollte jedoch eine zulässige Haftung über die Hauptschuld hinaus übernommen werden, so würde insoweit keine Bürgschaft mehr vorliegen. Die Uebernahme einer Haftung für nur einen Teil der Hauptschuld ist naturgemäss denkbar und auch gültig.

Die Wirkung eines zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenen Urteils auf den Bürgen ist verschieden. Ein den Gläubiger abweisendes Urteil kommt als rechtsvernichtend auch dem Bürgen, der dies gemäss § 767 Abs. 1, S. 1 als rechtsverneinende Einwendung vorbringen kann, zu gute. Andererseits schadet ein den Hauptschuldner verurteilendes Erkenntnis, wie sich aus § 767 S. 3 B. G. B. ergibt, dem Bürgen nichts; dieser kann vielmehr dem Gläubiger gegenüber die Hauptforderung immer noch bestreiten.

Eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft ist die Bestimmung des § 768 Abs. 1, S. 2, nach der der Bürge sich nicht darauf berufen kann, der Erbe hafte für die Verbindlichkeiten nur beschränkt. Da nämlich diese Einrede dem Erben lediglich als Inhaber seiner eigenen Vermögensmasse, und nicht als Hauptschuldner, zusteht, so kann der Bürge diese Einrede nicht als eine Einrede des Hauptschuldners geltend machen.

Dagegen ist der § 193 K. O. eine wirkliche Ausnahme von der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Denn obwohl der Hauptschuldner auf Grund des rechtskräftigen Zwangsvergleichs nur die ihm bewilligte Akkordrate zu zahlen hat, muss der Bürge trotzdem die Forderungen der Gläubiger in voller Höhe befriedigen.

Eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät der Bürgschaft liegt in dem Falle vor, dass der Bürge die geschuldete Speziessache schuldhafterweise zerstört. Denn dann wird der Schuldner gemäss § 275 B. G. B. von seiner Verpflichtung zur Leistung frei; der Bürge aber haftet dem Gläubiger in Analogie des § 162 Abs. 2 B. G. B. aus dem Vertrage und möglicherweise aus § 826 B. G. B. dem Gläubiger weiter.

§ 4.

Grundsätzlich hat der Bürge nach § 768 B. G. B. die gleichen Einreden wie der Hauptschuldner; er kann diese geltend machen

ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden sind, und ob er ein Regressrecht gegen den Schuldner hat. Infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft stehen dem Bürgen auch die rein persönlichen Einreden des Hauptschuldners zu.

Der Bürge kann auch die Einreden des nicht erfüllten Vertrages gemäss § 320 ff. B. G. B. geltend machen. Dies ergibt sich daraus, dass der Hauptschuldner nach Uebergang der Forderung auf den Bürgen diesem gegenüber die erwähnte Einrede geltend machen kann.

Der Käufer kann diese Einrede nicht mehr vorschützen, sobald er den ihm von dem Verkäufer übergebenen Kaufgegenstand als Erfüllung angenommen hat. Der Bürge ist an diese für ihn ungünstige Entscheidung des Schuldners gebunden; denn wenn der Käufer trotz Kenntnis der Fehler mit der fehlerhaften Sache zufrieden ist, so liegt hierein eine Betätigung des allein ihm zustehenden Anspruchs auf Vertragserfüllung und nicht ein Verzicht im Sinne des § 768 Abs. 2 B. G. B. Der Schuldner verzichtet auch nicht dadurch auf eine Einrede, dass er — als Gläubiger — eine geschuldete Leistung als Erfüllung annimmt, ohne sich das Recht auf Vertragsstrafe, das vorher auch dem Bürgen zustand, vorzubehalten (§ 341 Abs. 3 B. G. B.). Auch dieser Entscheidung des Schuldners muss sich der Bürge fügen, da der Verlust des Rechtes des Schuldners auf die Vertragsstrafe kraft Gesetz eintritt.

Die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung (§ 462 ff. B. G. B.) werden mit Rücksicht auf die einschneidenden Wirkungen dem Bürgen versagt. Dagegen kommt diesem die durch den Schuldner vollzogene Wandelung und Minderung zu gute, da durch diese ein vollständiges oder teilweises Erlöschen der Hauptschuld eintritt. Die vollzogene Wandelung wirkt obligatorisch, d. h. die beiderseitigen Leistungen haben Zug um Zug zu erfolgen. Für die Rückgabepflicht des Käufers haftet der Bürge, da durch die vollzogene Wandelung, die ebenso wie die Minderung nach der Vertragstheorie ein Rechtsgeschäft ist, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird (§ 767 S. 3 B. G. B.); es tritt nur an die Stelle der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises die Verpflichtung zur Rückgabe der Kaufsache. Der dem Käufer unter den Voraussetzungen des § 463 B. G. B. statt Wandelung oder Minderung gewährte Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung steht dem Bürgen nicht zu; massgebend hierfür sind die gleichen Gesichtspunkte wie bei der Wandelung und Minderung.

Neben dem Wandelungs- und Minderungsanspruch als Angriff hat der Käufer auch die Wandelungs- und Minderungseinrede als Verteidigung, wie sich aus § 478 B. G. B. ergibt. Diese Einreden sind sowohl vor als auch nach der Verjährung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung gegeben. Eine Anzahl Schriftsteller will auch dem Bürgen diese Einreden mit der Begründung gewähren, er dürfe nicht schlechter gestellt werden als der Hauptschuldner. In diesem Falle würde man dem Bürgen die Entscheidung darüber geben, ob der Hauptschuldner wandeln oder mindern will oder nicht. Der Bürge müsste also, obwohl er garnicht Vertragspartei des Kaufvertrages ist, darüber entscheiden können, ob der von dem Hauptschuldner abgeschlossene Kaufvertrag auch für diesen gelten soll oder nicht. Die Entscheidung darüber, ob er bei dem Hauptvertrage stehen bleiben will oder nicht, wird man jedoch, wie bereits ausgeführt, allein dem Hauptschuldner zubilligen können. Aus diesen Gründen steht nur diesem die Wandelungseinrede zu.

Verschiedentlich will man dem Bürgen wenigstens die Minderungseinrede geben, da durch diese dem Hauptschuldner gewöhnlich kein Schaden entstehen soll. Dies ist in manchen Fällen richtig. Der Eingriff des Bürgen in die Rechtsstellung des Schuldners ist aber auch bei der Minderungseinrede immerhin ein grosser; es ist daher ungerecht, dem Hauptschuldner die Entscheidung darüber nehmen zu wollen, ob er sich mit einer fehlerhaften Sache zufrieden geben will oder nicht. Dieser Umstand spricht dafür, auch die Minderungseinrede allein dem Hauptschuldner zu gewähren. Der Bürge muss die Stellungnahme des Hauptschuldners zur Wandelung und Minderung hiernach grundsätzlich gegen sich gelten lassen.

Solange jedoch der Hauptschuldner sein Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung noch nicht ausgeübt hat, braucht der Bürge seiner Verpflichtung nicht nachzukommen; dies Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich nicht aus § 478 B. G. B., sondern aus analoger Anwendung des § 770 B. G. B. Diese Einrede besteht allerdings nur solange, als der Hauptschuldner die Einrede aus § 478 B. G. B. hat. Falls man das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen ablehnt, muss dieser zunächst zahlen und kann erst nach durchgeführter Wandelung oder Minderung Bereicherungsansprüche gegen den Verkäufer nach § 812 ff. B. G. B. geltend machen.

Die Einrede des Notbedarfs aus § 519 B. G. B. steht dem Bürgen nicht zu, mag er nun behaupten, er selbst sei ohne Gefährdung seines standesmässigen Unterhalts zur Zahlung ausserstande, oder

mag er geltend machen, der Hauptschuldner sei ausserstande, ohne Gefährdung seines standesmässigen Unterhalts seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dies beruht darauf, dass der Bürge selbst nicht Schenker ist, und dass ihm die Berufung auf alle Einreden des Hauptschuldners versagt ist, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit haben.

§ 5.

Der § 770 B. G. B. gewährt dem Bürgen eine Einrede in den Fällen, in denen der Hauptschuldner das Recht hat, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, und der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

Der Bürge selbst kann nur aus eigenem Recht den Bürgschaftsvertrag, nicht aber das der Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegende Schuldverhältnis anfechten. Dies beruht darauf, dass das Anfechtungsrecht ein Gestaltungsrecht ist. Die Einrede des § 770 Abs. 1 B. G. B. ist eine aufschiebende. Ausserdem steht dem Bürgen gemäss § 768 B. G. B. eine Einrede aus § 853 B. G. B. zu, wenn die Forderung gegen den Hauptschuldner durch eine von dem Gläubiger begangene unerlaubte Handlung entstanden ist. Das nach erfolgter Anfechtung von dem Bürgen Geleistete kann dieser nach § 812 B. G. B. zurückfordern.

Die Einrede aus § 770 Abs. 2 steht dem Bürgen zunächst zu, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Diese Einrede ist naturgemäss auch dann gegeben, wenn Gläubiger und Hauptschuldner aufrechnen können; zweifelhaft ist es dagegen in dem Falle, dass nur der Hauptschuldner aufrechnen kann. Von vornherein ist die Ansicht abzulehnen, nach der der Bürge die Möglichkeit haben soll, selbst aufzurechnen; er kann jedoch die von dem Hauptschuldner vollzogene Aufrechnung gemäss § 767 B. G. B. geltend machen. Vielfach wird die Einrede aus § 770 Abs. 2 B. G. B. dem Bürgen in dem vorerwähnten Falle deshalb versagt, weil die Gewährung der Einrede mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stehe, und weil die Uebernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft mit Rücksicht darauf, dass der Gläubiger auf Grund der von dem Hauptschuldner vorgebrachten Aufrechnung abgewiesen würde, wertlos sei. Es erscheint jedoch gerechtfertigt, dem Bürgen auch bei alleiniger Aufrechnungsbefugnis des Schuldners die Einrede aus § 770 Abs. 2 B. G. B., dessen Fassung

offenbar ein Redaktionsversehen enthält, zu gewähren; denn im anderen Falle würde der Bürge schärfer haften, obwohl der Gläubiger das Aufrechnungsrecht des Schuldners zu erwarten hat. Ausserdem spricht der Umstand für die Gewährung der Einrede, dass sowohl infolge der Anfechtung als auch infolge der Aufrechnung durch den Hauptschuldner die Hauptforderung erlischt, und dies Erlöschen gemäss § 767 B. G. B. auch dem Bürgen zu Gute kommt.

Die Einrede aus § 770 Abs. 2 B. G. B. steht dem Bürgen nur solange zu, als die Möglichkeit der Aufrechnung noch vorhanden ist. Er ist an die Entscheidungen des Gläubigers und des Schuldners gebunden.

Auf die von dem Hauptschuldner durchgeführte Aufrechnung braucht sich der Bürge nicht besonders zu berufen; das Erlöschen der Bürgschaftsschuld gemäss § 767 B. G. B. ist vielmehr, da es sich um keine Einwendung handelt, von amtswegen zu berücksichtigen. Hat der Bürge bereits gezahlt, so kann der Hauptschuldner nicht mehr aufrechnen, da durch die Leistung des Bürgen die Schuld erloschen ist.

§ 6.

Ausser den erörterten Einwendungen und Einreden stehen dem Bürgen noch verschiedene andere Rechtsbehelfe zur Seite.

So wird man dem Bürgen, der sich für mehrere Ansprüche verbürgt hat, bei einer Teilleistung als eigenes, nicht abgeleitetes Recht die Befugnis zusprechen können, zu bestimmen, welcher Anspruch getilgt werden soll. Dies erklärt sich daraus, dass der Hauptschuldner nur über solche Leistungen eine Bestimmung treffen kann, die er selbst gemacht hat, und dass der Gläubiger nach § 366 Abs. 2 B. G. B. ein Bestimmungsrecht nicht einmal dann hat, wenn der Hauptschuldner bei seiner Leistung keine Bestimmung getroffen hat.

Dagegen hat der Bürge bei einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners kein Wahlrecht. Denn durch dessen Ausübung wird der Inhalt des Schuldverhältnisses verändert (Gestaltungsrecht), zu einer Verfügung über das Schuldverhältnis selbst ist jedoch der Hauptschulder allein befugt. Der Bürge ist an die Entscheidung des Hauptschuldners gebunden (§ 767 B. G. B.); er kann jedoch von dem Gläubiger nicht früher in Anspruch genommen werden, als der Schuldner von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat. Es erscheint gerechtfertigt, während dieser Schwebezeit dem Bürgen die Befugnis zu gewähren, eine der anfangs geschuldeten Leistungen zu bewirken.

Vereitelt der Gläubiger den Regressanspruch des Bürgen unter den im § 776 B. G. B. erwähnten Voraussetzungen, so wird dieser insoweit frei, als er aus dem durch den Gläubiger aufgegebenen Recht nach § 774 B. G. B. hätte Ersatz verlangen können. Aus den §§ 776, 242 B. G. B. lässt sich jedoch nicht allgemein auf eine Sorgfaltspflicht des Gläubigers, auf jede culpa in exigendo schliessen. Nur in besonderen Ausnahmefällen ist eine Haftung des Gläubigers über den Rahmen des § 776 B. G. B. hinaus gegeben, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger eine Sorgfaltspflicht ausdrücklich übernommen hat. Der Bürge wird in allen diesen Fällen von seiner Bürgschaftspflicht ganz oder teilweise frei (§ 249 B. G. B.). Falls der Gläubiger den Bürgen bewusst durch sein Verhalten schädigt, sind diesem besondere Ansprüche aus § 826 B. G. B. gegeben.

§ 7.

Die Haftung des Bürgen ist grundsätzlich eine subsidiäre. Es ist jedoch Sache des Bürgen, seine subsidiäre Haftung durch die aufschiebende Einrede der Vorausklage besonders im Prozess geltend zu machen. Der Gläubiger wird hierdurch zu dem Beweis gezwungen, dass er wenigstens einmal zwangsweise Beitreibung bei dem Hauptschuldner versucht hat, oder dass die Voraussetzungen für das Vorliegen der Einrede überhaupt nicht gegeben sind. Die Einrede der Vorausklage ist nicht begründet, wenn der Hauptschuldner nur Grundstücke (§ 772 B. G. B.) hat.

Da die Bestimmung des § 771 B. G. B. nicht zwingenden Rechtes ist, kann der Bürge sowohl von vornherein eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernehmen als auch nachträglich auf die bereits erworbene Einrede der Vorausklage verzichten. Falls man mit der herrschenden Meinung in dem Verzicht eine Verschärfung der Haftung des Bürgen sieht, hat die Erklärung des Verzichts schriftlich zu erfolgen.

Zweifelhaft ist die Frage, ob der Bürge allgemein auf die Einrede des Hauptschuldners verzichten kann, und ob dann noch eine Bürgschaft vorliegt. Mit Recht ist dem Bürgen wenigstens der Verzicht auf verzögerliche Einreden des Hauptschuldners zugebilligt worden. Darüber ob der Bürge die Einrede aus § 768 B. G. B. vorbringen muss, ist keine gesetzliche Bestimmung getroffen; es entscheidet hier allein das zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen bestehende Rechtsverhältnis.

Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen in den Fällen der §§ 773 B.G.B., 349 H.G.B. und der gesetzlichen Haftung als Bürge (z. B. § 571 Abs. 2 B.G.B.). Da bei der beschränkten Haftung des Erben (§ 768 Abs. 1 S. 2 B. G. B.) und bei dem Zwangsvergleich (§ 193 K.O.) nur der Bürge, und nicht der Hauptschuldner haftet, so ist auch hier die Einrede der Vorausklage nicht begründet.